

## *Restitución Internacional de Menores en Colombia (1998-2008)*

**Diana María Salinas Toloza, Marina Chavarro Martínez<sup>1</sup> y Martha Helena Guerrero<sup>2</sup> Barón**  
Universidad Católica de Colombia (Bogotá, Colombia)  
[dm-salinas@hotmail.com](mailto:dm-salinas@hotmail.com); [mhgeurrero@ucatolica.edu.co](mailto:mhgeurrero@ucatolica.edu.co)

Recibido: diciembre 9 de 2008

Arbitrado y aceptado: diciembre 14 de 2009

### **Resumen**

*En el artículo se analiza la operatividad de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, suscrita en Montevideo en 1989 y ratificada por Colombia mediante la Ley 880 de 2004. El análisis de casos fallados y en proceso en juzgados de la ciudad de Bogotá, permitió identificar seis de las dificultades que se han venido presentando en Colombia con la aplicación de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores. Para cada dificultad se proyecta una posible solución tendiente a garantizar el derecho de los menores a tener una familia y no ser separados de ella. La investigación siguió un procedimiento analítico y descriptivo de normas, jurisprudencia y casos, que permitieron dilucidar carencias en cuanto a doctrina, al evidenciar la falta de estudios locales y comparados; y carencias normativas que permitan regular y controlar la protección, en todo momento, del interés superior del menor.*

**Palabras clave:** interés superior, menores, restitución internacional, Colombia.

## *International restitution of children. Colombia 1998 – 2008*

### **Abstract**

The article analyses the *Montevideo's Convention about International Restitution of Children*. From there, has been possible to identify the conflicts arisen in the application of the same in Colombia and specifically at the Bogotá city, the place that converged the investigation; this study promoted the identification of the difficulties in the development of the judicial and administrative process and, it allowed at the same time, may project a possible resolve to guarantee the children's rights to have a family and not to be separated them.

**Key words:** Higher interest, children, international restitution.

---

<sup>1</sup> Abogada y Especialista en derecho de la familia de la Universidad Externado de Colombia.

<sup>2</sup> Abogada y Especialista en instituciones jurídico familiares de la Universidad Nacional de Colombia.

## Introducción

El proyecto de investigación del que se deriva este artículo (GUERRERO BARÓN y otros; 2008, p. 51) se dirigió al estudio y aproximación de un fenómeno que si bien es propio del derecho de familia, ha logrado trascender al derecho internacional privado, traspasando así la esfera interna de los grupos familiares para ser objeto de regulación internacional: el proceso de la restitución internacional de menores contenido en la Convención Interamericana suscrita en Montevideo en 1989 y ratificado en Colombia mediante la Ley 880 de 2004.

Con la ratificación del Convenio Interamericano sobre Restitución Internacional de Menores quedaron en el limbo jurídico aquellos casos surgidos con anterioridad al año 2004, lo que demanda la actualización de la normatividad vigente con miras a dar soluciones viables frente a las dificultades que presenta el proceso de restitución internacional. El estudio constituye un aporte importante para la doctrina socio jurídica, en tanto que ni en Colombia, ni en los países de la región se dispone de estudios sobre procesos de restitución internacional de menores colombianos en el marco de la Ley 880 de 2004.

De otra parte, mediante el estudio se ha establecido la situación actual del proceso de restitución de menores, identificando sus dificultades y posibilitando el planteamiento de las soluciones, las cuales adquieren sentido en la medida que tutelan los derechos de los menores. Las decisiones de los mayores impactan gravemente los derechos de los niños, niñas y adolescentes, quienes al verse desarraigados de su hogar tienen que asumir tales consecuencias y por otro lado, el padre que se ha visto desprendido arbitrariamente de su menor hijo tiene que vivir con el dolor y la angustia que tal situación implica. Este trabajo trata de consolidarse como una respuesta amiga, que facilite la protección de padres e hijos no sólo para contribuir con la prevención de tales conductas, sino para servir como herramienta de orientación en aquellos casos en los que el padre, puede haber perdido la esperanza de toda solución.

Para efectos de este trabajo se entiende por interés superior, la consideración especial a los niños como sujetos de derechos. La doctrina también lo ha

definido como la satisfacción integral de los derechos del menor. Por menor de edad, se entiende a toda persona que no haya cumplido dieciséis años de edad. La restitución internacional de menores se refiere al proceso cuya finalidad es el reintegro de menores que tengan su residencia habitual en uno de los Estados Partes y que hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado Parte o que habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente.

## Métodos

Por tratarse de un problema jurídico, la primera fase de la investigación fue documental orientada al hallazgo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana relativa a la restitución internacional de menores. La jurisprudencia encontrada se analizó según la metodología propuesta por Álvaro Ortiz Monsalve (2003).

## Resultados

Uno de los hallazgos del estudio ha sido que en aplicación del principio de irretroactividad de la ley, no es viable la aplicación en Colombia, de la Convención de Montevideo sobre Restitución Internacional de Menores a casos surgidos con anterioridad al año 2004, lo cual resulta acertado por motivos de seguridad jurídica. Sin embargo, al hablar de derechos fundamentales de los menores, ante dichas situaciones no le es dable al operador judicial abstenerse de tutelar tales derechos, razón por la cual, por interpretación extensiva puede acudir a la Convención de la Haya sobre aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980, que fue ratificada en Colombia mediante la Ley 173 de 1994. Por tanto, los casos surgidos con anterioridad al año 2004, esto es acaecidos entre 1998 y 2004 serán objeto de decisión al tenor de la Convención de la Haya de 1980. Mientras los casos surgidos a partir del año 2004, al tenor de la Convención de Montevideo de 1989.

Bajo esta premisa se exponen a continuación seis (6) dificultades y sus posibles soluciones frente al proceso de restitución internacional de menores.

**DIFICULTAD 1:** CASOS ANTERIORES A LA LEY 880 DE 2004.

Al acudir a la aplicación de la Ley 173 de 1994, a casos ocurridos con anterioridad a la Ley 880 de 2004, no es claro cuál es el procedimiento aplicable, toda vez que sólo hasta el año 2006 con la Ley 1008 se atribuyó competencia a los jueces de familia mediante proceso verbal sumario.

Para superar esta dificultad se deben considerar dos situaciones concretas, dependiendo el momento de nacimiento y de extinción del proceso:

- a. Para el proceso de restitución abierto y extinto antes del año 2006, vigencia de la Ley 880, deberá acudirse a la Sentencia T-357-02 de la Corte Constitucional que confirmó la competencia de los Jueces Civiles del Circuito en este asunto (COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL; 2002, Sentencia T-357).
- b. La acción de restitución originada antes del año 2006 y en curso después del año 2006. Según lo estableció la Corte Constitucional, en Sentencia C 619 de 2001: *“Todo proceso debe ser considerado como una serie de actos procesales concatenados cuyo objetivo final es la definición de una situación jurídica a través de una sentencia. Por ello, en sí mismo no se erige como una situación consolidada sino como una situación en curso”*.

Lo anterior significa que las disposiciones judiciales aplican a los procesos en trámite surgidos incluso con anterioridad a la nueva ley, haciendo en este punto una precisión y es que todos aquellos actos procesales cuya finalidad se cumplió con anterioridad a la ley, tienen plena eficacia<sup>3</sup>.

#### DIFICULTAD 2: ¿QUIÉN ESTÁ LEGITIMADO PARA INICIAR EL PROCESO DE REINTEGRO DE MENOR?

Para solicitar el reintegro del menor a su país de origen, se encuentra legitimado para iniciar el proceso quien legalmente tenga la custodia y cuidado del menor, sea uno de los padres, tutores, guardadores o cualquier institución. En cuanto a los padres, en caso de separación o divorcio, la atribución de la custodia y cuidado personal del

menor obedecerá: bien a lo establecido por vía de conciliación, o de sentencia judicial. Así las cosas, ante una separación de hecho, donde no se tramitó divorcio, carecería de legitimación el progenitor en la medida que no se ha establecido cual de los dos padres tiene legalmente la custodia del menor.

Se ha podido determinar, que los casos de traslado o retención ilegal de un menor, se dan en medio de una ruptura hostil entre la pareja<sup>4</sup>. Ante la urgencia de adelantar los trámites tanto judiciales como administrativos para el retorno del menor, una posible solución a éste problema de tipo legal, consiste en aplicar el Numeral 5 del Artículo 86 del Nuevo Código de la Infancia y Adolescencia acudiendo ante el Comisario de Familia para que éste defina provisionalmente la custodia y cuidado personal manifestando las razones de urgencia que motivan la solicitud, a efectos de pre constituir la prueba que indique que se ha fijado en cabeza de qué progenitor estarán estos derechos y acudir así a los trámites respectivos.

#### DIFICULTAD 3. RETORNO VOLUNTARIO A TRAVÉS DE PROCESO ADMINISTRATIVO.

No siempre es recomendable intentar el retorno voluntario del menor a través de proceso administrativo. Como ocurre con todos los mecanismos alternativos de solución de conflictos, en este caso una prudente mediación es la alternativa más económica y efectiva para lograr el retorno del menor garantizando minimizar el impacto sufrido por él, derivado de la separación abrupta de su hogar y mermando el conflicto que puede incrementarse por un procedimiento judicial. En uno y otro caso las posibilidades de éxito son mayores, salvo en aquellos eventos en que hay riesgo de fuga, actitud hostil o historial de violencia al interior de la familiar.

*“Muchos padres despojados pueden omitir la discusión del retorno voluntario si saben que éste es del todo imposible en su caso. Sin embargo, si hay siquiera una remota posibilidad de que el raptor reconsidere sus actos y devuelva al niño vale la pena (...) Su hijo –y su cartera- saldrán mejor librados si logra resolver el caso en un plano amigable,*

<sup>3</sup> Al respecto, la Ley 153 de 1887 en su artículo 40 ordena que las leyes concernientes á la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar á regir. Pero los términos que hubieren empezado á correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.

<sup>4</sup> Así, al documentar este aspecto en los 23 juzgados de familia de la ciudad de Bogotá, fueron ubicados sólo cuatro procesos en los cuales uno de los padres reclama la restitución internacional sobre un menor retenido arbitrariamente en Colombia por el otro padre.

*sin recurrir a un tribunal. Sin embargo, si no se puede negociar con el secuestrador o siquiera lograr que la situación sea equitativa, tal vez sea mejor no intentarlo. Las víctimas de la violencia doméstica corresponden a menudo a esta categoría”* (DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE ESTADOS UNIDOS; 202, p. 44)

**DIFICULTAD 4.** CUANDO EL PAÍS ORIGEN O DESTINO DEL MENOR NO FIRMÓ LA CONVENCIÓN DE MONTEVIDEO DE 1989.

El derecho de los menores a tener una familia y no ser separado de ella, como derecho fundamental tiene observancia universal, sin embargo, el problema principal es exigir a un Estado no firmante la entrega de un menor. Acudiendo al criterio de cooperación internacional desarrollado ampliamente por ACCIÓN SOCIAL DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA (2007, p. 13) donde se afirma que:

*“La cooperación internacional encuentra su razón de ser en los principios universales de solidaridad entre los pueblos, respeto y protección de los derechos humanos y en la búsqueda incesante de mejores condiciones y mayores recursos que brinden al hombre conforme a su dignidad humana, el fin último de la existencia de los Estados. Es un desarrollo de los principios de soberanía, igualdad, corresponsabilidad, interés mutuo, sostenibilidad, equidad, eficacia y preservación del medio ambiente, muy ligados a las relaciones de los sujetos de derecho internacional. Podría decirse que en la cooperación internacional, de manera se evidencia aquella veta que ilumina al jus gentium y hace que hoy se lo denomine como el derecho de la dignidad humana.”*

Invocando este principio, es posible solicitar al Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, mediante una carta rogatoria, que ponga en conocimiento del Estado al que fue trasladado el menor la situación de haberse llevado presuntamente a su territorio, con el fin de que se efectúe la diligencia de localización y adopción de todas las medidas tendientes a asegurar su salud y evitar su ocultamiento o traslado así como su reintegro pronto y efectivo.

**DIFICULTAD 5.** VULNERABILIDAD DEL MENOR A UNA NUEVA SUSTRACCIÓN.

El menor puede ser vulnerable a una nueva sustracción, situación que no es prevista por la Convención de Montevideo de 1989.

En este evento, el Código de la Infancia y la Adolescencia, así como los manuales del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), que determinan la operación y ejecución de tratados y convenios internacionales en materia de niñez y de familia, incorporan mecanismos para controlar este riesgo del menor y su familia, pues una de las funciones atribuidas al Defensor de Familia señala que debe *“Prevenir nuevos peligros para el menor o perjuicios para las partes interesadas, tomando o haciendo tomar medidas provisionales”* (ICBF; 2005, p. 50).

Para la prevención de tales peligros se debe partir de la consideración al menor como sujeto de derechos, aspecto que implica generar una dinámica familiar donde se cuente con la participación del menor en los actos relativos a su persona, participación esta que tendrá una forma distinta en cada etapa de su vida. *“Este aprendizaje, dentro del proceso de socialización, contribuye a cimentar la responsabilidad familiar y social del niño a través de su cooperación en los actos que lo afectan”* (STEFFEN CÁCERES; 2003, p. 101).

En consideración a esta premisa que plantea la creación de conciencia familiar y del menor, se pretende que la autoridad central promueva todas aquellas medidas tendientes a evitar:

- a. Una segunda sustracción y retención por el sustractor o por el otro progenitor.
- b. Permanecer al cuidado de un progenitor abusivo y amenazador.
- c. El impedimento de contacto con el otro progenitor o los miembros de su familia.

**DIFICULTAD 6.** LOS ALTOS COSTOS DEL PROCESO JUDICIAL DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL Y LA ACCESIBILIDAD A LAS AUTORIDADES PERTINENTES.

En Colombia las autoridades competentes para conocer de la restitución internacional de menores son: en el área civil, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y los Jueces de Familia y el Ministerio del Interior y de Justicia; y la Fiscalía General de la Nación, cuando se trata de un delito.

Las autoridades mencionadas están facultadas para recibir las denuncias sobre la sustracción del menor e iniciar el trámite respectivo para su reintegro, contando con la posibilidad de requerir información y comisionar la práctica de pruebas. Tales potestades tienen por objeto utilizar las herramientas jurídicas, técnicas y administrativas para la aplicación efectiva de la Convención de Montevideo con miras a restablecer los derechos del menor.

## Discusión

1. La aproximación a la Convención de Montevideo de 1989 sobre Restitución Internacional de Menores, permitió descubrir que el espíritu de este instrumento internacional consta de dos pilares fundamentales: Por un lado, garantizar el ejercicio legítimo de la patria potestad por medio de la protección al derecho de custodia y de visita. Por otro lado, proteger a los menores desde el respeto de sus intereses, garantizando su derecho a tener una familia y no ser separado de ella, de ahí, la razón de ser del proceso de retorno.

2. El análisis de los elementos constitutivos de la Convención de Montevideo de 1989 permite dimensionar su importancia, al regular aspectos tan sensibles del ejercicio de la patria potestad como son el derecho de custodia y de visita y sobre todo, las limitantes que existen sobre los mismos.

3. La Legislación Colombiana ha procurado armonizar sus disposiciones internas con la normatividad internacional en la materia. De ahí, que no solo ha abarcado aspectos sustanciales mediante la Ley de Infancia y Adolescencia verbi gracia de la regulación de competencias del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, sino aspectos procesales no contemplados en el Código de Procedimiento Civil, que sólo vinieron a ser regulados mediante la Ley 1008 de 2006.

4. El interés superior del menor, como filosofía de la Convención de Montevideo constituye un principio rector que debe ser concebido en toda regulación que involucre afectación directa o indirecta a los menores de edad.

5. El análisis de los pronunciamientos de la Corte Constitucional colombiana frente al reintegro internacional de menores (Sentencias T-357/2002 y C-619/2001) evidenció que éstas se concentran en aspectos procedimentales, dejando de lado el análisis

de fondo en lo relativo a la restitución como derecho fundamental. Vale la pena, mediante esta investigación, plantear una reflexión tendiente a profundizar y llevar hasta las autoridades casos que puedan ser fuente de nuevos pronunciamientos jurisprudenciales.

6. Las dificultades que presenta la restitución internacional de menores hacia Colombia, se solucionará en la medida que las organizaciones estatales avancen en la divulgación y transferencia a la ciudadanía de los procedimientos básicos de restitución internacional (ICBF; 2005) y desplieguen estrategias de socialización de temas tales como los derechos de los niños, el interés superior, y los niños como sujetos de derecho.

## Bibliografía

- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1098 (8 de noviembre de 2006). Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. Diario Oficial. Bogotá, 2006, No. 46446.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 880 (21 de enero de 2004). Por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, suscrita en Montevideo, Uruguay, el quince (15) de julio de mil novecientos ochenta y nueve (1989). Diario Oficial: Bogotá, 2004, No. 45.437.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 173 (22 de diciembre de 1994). Por medio de la cual se aprueba el Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, suscrito en La Haya el 25 de octubre de 1980. Diario Oficial. Bogotá, 1994, No. 41.643.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1008 (23 de enero de 2006). Por la cual se fijan algunas competencias y procedimientos para la aplicación de convenios internacionales en materia de niñez y de familia. Diario Oficial. Bogotá, 2006, No. 46.160.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 153 (15 de agosto 1887). Por medio de la cual se adiciona y reforman los códigos nacionales, la ley 61 y la 57 de 1887. Diarios Oficiales. Bogotá, 1887, No.7.175 y 7.152.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 357 de 2002. (M. P. Eduardo Montealegre Lynett; 9 de mayo de 2002)
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 619 de 2001. (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; 14 de junio de 2001)

- COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. ACCIÓN SOCIAL. *La cooperación internacional y su régimen jurídico en Colombia* [En línea]. Imprenta Nacional de Colombia: Bogotá, junio de 2007, 202 pp. Disponible en: <http://www.mincomercio.gov.co/eContent/documentos/PlaneacionSectorial/Cooperacion/Cooperacion.pdf>
- DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE ESTADOS UNIDOS. OFICINA DE PROGRAMAS DE JUSTICIA. OFICINA DE JUSTICIA JUVENIL Y PREVENCIÓN DE LA DELINCUENCIA. *Guía de recursos de la familia para la prevención del secuestro parental [en línea]*. OJJDP: Washington; 202, 138 p. Disponible en: [http://www.deleteonlinepredators.com/en\\_US/publications/FamilyResourceGuide\\_sp.pdf](http://www.deleteonlinepredators.com/en_US/publications/FamilyResourceGuide_sp.pdf). Consultado en julio 7 de 2008.
- GUERRERO BARÓN, MARTHA HELENA; CHAVARRO MARTÍNEZ, MARINA y SALINAS TOLOZA, DIANA MARÍA. Dificultades y posibles soluciones frente a la restitución internacional de menores en los últimos 10 años (1998-2008) en Bogotá. En: *Investigación y análisis del contexto social. Tomo 1*. Universidad Católica de Colombia: Bogotá, agosto de 2008, pp. 51 – 60. ISBN 978-958-8465-00-5
- INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR. *Manual para la ejecución de tratados y convenios internacionales en materia de niñez y de familia, y el manejo de los trámites consulares para la restitución internacional de derechos de la niñez y la adolescencia*. Imprenta Nacional: Bogotá D.C. 2005, 150 p.
- MARTÍNEZ PINZÓN, Diana María. *El derecho constitucional del menor a tener una familia y no ser separado de ella* [En línea]. Tesis para optar al título de abogado. Facultad de Derecho, Universidad Javeriana: Bogotá, 2004. Disponible en: [www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/](http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/)
- ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Pautas para el estudio de la jurisprudencia*. Universidad Nacional de Colombia: Bogotá, 2003.
- STEFFEN CÁCERES, María Guisella. *Coparentalidad post-separación conyugal. Un paradigma familiar de tuición compartida chileno*. Tesis para optar al grado académico de magíster en ciencias de la educación con mención en: orientación familiar, relaciones humanas y familia. Facultad de Educación. Universidad Mayor: Santiago de Chile; 2003, 325 pp.

## GRUPO DE INVESTIGACIÓN POLÍTICAS PÚBLICAS

El grupo adelanta investigación interdisciplinaria en temas de política y gobierno, elaboración de políticas públicas e instituciones políticas y sociales. Ha adelantado estudios enfocados hacia la familia, la infancia y la adolescencia, la política educativa, la política fiscal y la política científica.

Al grupo se adscribe el Semillero Instituciones Políticas y Sociales que forma jóvenes investigadores mediante el desarrollo de proyectos relacionados con la política pública nacional para la primera infancia.

### Líneas de investigación

Instituciones políticas y sociales  
Administración pública  
Servicios públicos

### Investigadores

Marina Chavarro Martínez  
Martha Helena Guerrero Barón  
Rosa Elizabeth Guío Camargo

### Contacto:

[mhguerrero@ucatolica.edu.co](mailto:mhguerrero@ucatolica.edu.co)  
[reguio@ucatolica.edu.co](mailto:reguio@ucatolica.edu.co)  
Facultad de Derecho  
Universidad Católica de Colombia